

# Doutrina Nacional

## Aspectos da antecipação de tutela – CPC, art. 273

ATHOS GUSMÃO CARNEIRO\*

### 1. Da eficácia, no tempo, da tutela antecipada

1. Nos termos do **art. 273**, a tutela antecipada é deferida sob o signo da **provisoriedade**:

“§ 4º. A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada;

§ 5º. Concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até final julgamento.”

Impende notar que as **medidas cautelares *stricto sensu*** são destinadas necessariamente a serem “incorporadas” ao processo principal (caso das antecipações de prova *ad perpetuam rei memoriam*), ou a perderem sua eficácia após a definitiva sentença de procedência ou improcedência da pretensão (caso das cautelares assecuratórias da eficácia prática da futura (e provável) sentença de mérito). São, pois, as medidas cautelares eminentemente **transitórias** e se identificam “pela absoluta impossibilidade de se tornar a solução definitiva da situação litigiosa” (JOSÉ ROBERTO BEDAQUE, in **Aspectos Polêmicos da Antecipação de Tutela**, RT ed., Coletânea de Artigos, 1997, p. 224).

Já as antecipações de tutela, pela sua natureza “satisfativa”, são deferidas sob a razoável expectativa de uma futura “conversão” da satisfação provisória em satisfação definitiva. Consoante ARRUDA ALVIM, “a tutela antecipatória é provisória, mas **tende a ser definitiva** (**Manual de Direito Processual Civil**, RT ed., 6ª ed., 1997, v. 2, p. 409).

2. O provimento relativo à AT é suscetível de modificação por duas vias processuais: a) mediante recurso de **agravo**; b) através de nova **decisão do magistrado singular**, após pedido da parte – nunca de ofício – para a revogação ou modificação da decisão anterior, ou para a concessão da AT antes indeferida.

Pelo recurso de **agravo** o tribunal reexamina, em sua validade e merecimento, a decisão concessiva ou denegatória da AT, com a possibilidade de o relator (art. 527, II) liminarmente suspender os efeitos da decisão de deferimento, ou de liminarmente deferir a medida (pelo

(\*) Ministro aposentado do Superior Tribunal de Justiça. Advogado em Porto Alegre e Brasília.

impropriamente denominado “efeito ativo” do provimento) nos casos de urgência urgentíssima e quando convencido o relator da ocorrência dos pressupostos referidos no art. 273.

No alusivo à **revogação ou alteração** do provimento antecipatório, pelo próprio juiz, frisa CARREIRA ALVIM que depende de expressa postulação da parte e que se subordina, como está na ordenação processual italiana, à mudança de circunstâncias – “*solo in presenza di mutamento nelle circostanze*” (**CPC Reformado**, Del Rey ed., 2ª ed., 1995, p. 130).

Por “novas circunstâncias”, segundo MARINONI, dever-se-á entender não somente a modificação da situação de fato que motivou a decisão anterior (concessiva ou indeferitória da AT), como ainda o surgimento de novas evidências (posterior produção de provas) acerca da mesma situação de fato (**A Antecipação da Tutela**, Malheiros ed., 3ª ed., 1997, p. 160). Para ARAKEN DE ASSIS “há que surgir fato novo, pois é manifesta a inconveniência de o juiz, a seu talante e de conformidade com os humores do momento, conceder o bem da vida para retirá-lo logo depois ou vice-versa” (**Aspectos Polêmicos...**, cit., p. 31). Dele não diverge ARRUDA ALVIM, com o entendimento de que a modificação ou revogação “somente deverá dar-se diante de pedido lastreado em fato(s) superveniente(s), e não porque o juiz haja errado” (**Manual...**, cit., p. 408).

Todavia, **creio devamos ir além**. Ao conceder ou denegar a AT, o magistrado necessariamente terá examinado não só os fatos da causa (pelo exame da “prova inequívoca”) como ainda, para chegar ao imprescindível “juízo de verosimilhança”, terá considerado a subsunção de tais fatos aos comandos legais invocados pelo autor; assim sendo, apresenta-se perfeitamente possível que diante, v.g., dos fundamentos da contestação, da força de convicção dos argumentos jurídicos trazidos pelo réu, o juiz chegue à conclusão **de que se equivocou**, ou de que seu antecessor se equivocou no relativo à questão de direito. A hipótese não é incomum, principalmente quando o juiz da causa é instado a reexaminar decisão liminar proferida por outro juiz (digamos, por juiz “plantonista”).

Não nos parece razoável, nem conveniente à “justa” composição da lide, que o **juízo de retratação** somente possa ser exercido pelo magistrado se interposto agravo.

No procedimento comum pelo rito sumário, se concedida *in limine* a AT, a audiência preliminar será o momento azado, já que nela se realizará o contraditório (art. 278), para apreciar eventual pedido do réu para cassação da medida; ou do autor, para sua ampliação. Será igualmente momento para, após a contestação, verificar da ocorrência, ou não, do “abuso de direito de defesa”.

### 3. Uma vez **proferida a sentença**, cumpre distinguir.

No caso de **sentença de procedência**, a “satisfação” já efetivada pela AT incorpora-se à eficácia da declaração (com capacidade de gerar coisa julgada material) contida na sentença; assim, a “provisoriidade” é sucedida pela “definitividade”. Caso a “satisfação” haja sido “incompleta” (pelas limitações previstas no art. 588), a “execução provisória” irá convolar-se em execução definitiva.

No caso de **sentença de improcedência**, terá desaparecido o “juízo de verossimilhança”, e, destarte, a AT considerar-se-á automaticamente revogada, devendo as coisas retornarem ao estado anterior (art. 588, III e parágrafo único).<sup>(\*)</sup>

Não é de excluir, entretanto, que em casos excepcionais o magistrado possa (= deva) manter a AT para que seus efeitos persistam na pendência do recurso, assim o declarando **expressamente** na sentença de improcedência; assim, v.g., se o juiz sentencia ciente de que

(\*) CONTRA. Marinoni, para quem “a não revogação da tutela, através de decisão interlocutória, fará surgir a conclusão de que o juiz, apesar da sentença de improcedência, manteve a tutela” (**A Antecipação...**, cit., p. 164).

o faz não obstante a orientação prevalecente, em sentido contrário, no tribunal.

Como já mencionado, pode outrossim o apelante peticionar ao tribunal, com arrimo, **por analogia** ao art. 800, parágrafo único, do CPC, solicitando o restabelecimento da medida antecipada. O relator da AT, no tribunal, ficará prevento para o julgamento da apelação.

4. Concedida ou denegada a AT, “*prosseguirá o processo até final julgamento*” – art. 273, § 5º. Este “final julgamento”, como óbvio, abrange os casos de extinção do processo sem julgamento de mérito – art. 267.

A norma do § 5º apenas reforça algo inerente à AT: sua **provisoriedade**. Se definitiva fosse a satisfação do autor, não teria sentido prosseguir no processo. Fica evidente, destarte, que a concessão de AT não convola o processo em caso de ação de rito sumário com realização plena do direito material.

## 2. Das restrições à concessão de liminares

5. Nosso direito consagrava em sua plenitude a dicotomia processo de conhecimento/ processo de execução, somente admitindo providências antecipadas, com “satisfação” do demandante, naqueles casos expressamente previstos em lei. Assim, desde tempos prístinos, as liminares possessórias ou em nunciações de obra nova e, mais recentemente, as liminares nos mandados de segurança e nos processos cautelares anômalos, ditos “satisfativos”.

No ano de 1956, ponderando a liberalidade de muitos juízes na concessão de liminares, o legislador entendeu necessário estabelecer restrições naquelas demandas que visassem à liberação de mercadorias importadas e sua entrega ao demandante – **Lei nº 2.770**, de 04/05/56. Esta lei foi motivada pelos notórios excessos e abusos, então ocorridos, na importação, como “bagagem” de automóveis de luxo sem obediência às exigências fiscais e aduaneiras. A posterior cassação das liminares, pelos tribunais, não lograva a recuperação dos automóveis, já comercializados por todo o país (AGRÍCOLA BARBI. **Do Mandado de Segurança**. Forense, 6ª ed., nº 183).

Pela **Lei nº 4.348**, de 26/06/64, art. 5º, foi proibida a concessão de medidas liminares em mandados de segurança impetrados “*visando a reclassificação ou equiparação de servidores públicos, ou a concessão de aumento ou extensão de vantagens*”. Em última análise, o legislador tornou defesa a antecipação de benesses mesmo antes de ouvida a autoridade pública, por vezes em favor de muitos milhares de servidores, vantagens dependentes de alterações burocráticas e orçamentárias e depois, na prática, tornadas irreversíveis ou de difícil reversibilidade.

A **Lei nº 5.021**, de 09/06/66, ampliou a vedação de liminares àqueles *writs* em que postulado “*o pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias*” – art. 1º, § 4º. Mais tarde, com o crescente riso de cautelares “inominadas” à guisa de sucedâneo do mandado de segurança, veio a **Lei nº 7.969**, de 22/12/89, art. 1º, a estender o disposto nos artigos 5º e 7º da Lei nº 4.348 também às medidas cautelares “*previstas nos artigos 796 a 810 do Código de Processo Civil*”.

Com maior amplitude, a **Lei nº 8.437**, de 30/06/92, vetou a expedição de liminar contra ato do Poder Público em procedimento cautelar “*ou em quaisquer outras ações de natureza cautelar ou preventiva*”: a) sempre que providência semelhante não possa, em virtude de vedação legal, ser concedida em ações de mandado de segurança; b) se a liminar esgotar, “*no todo ou em parte, o objeto da ação*” (art. 1º e § 4º). Além disso, o art. 1º, § 1º, declara incabível



*"no juízo de primeiro grau, medida cautelar inominada ou a sua liminar, quando impugnado ato de autoridade sujeita, na via do mandado de segurança, à competência originária de tribunal".*

**Objetivo:** evitar que a competência originária para apreciar a legitimidade de atos de determinadas autoridades seja "subtraída" ao tribunal, pelo simples expediente de "substituir" o mandado de segurança por ação cautelar inominada "satisfativa", incoada perante o juízo de primeira instância.

O art. 4º desta lei atribui ao Presidente do tribunal competência para suspender a execução de liminares "*nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes*", nos casos de "*manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas*", aplicando-se esta atribuição também às sentenças prolatadas em ações cautelares inominadas, ação popular e ação civil pública (art. 4º, § 1º).

6. Após a edição da **Lei nº 8.952/94**, que deu nova redação ao **art. 273 do CPC**, passou-se a questionar se tais vedações seriam igualmente incidentes à antecipação de tutela.

Respondeu afirmativamente a recentíssima **Lei nº 9.494**, de 10/09/97 (decorrente da conversão da Medida Provisória nº 1.570-5), cujo art. 1º guarda a redação seguinte:

*"Art. 1º. Aplica-se à tutela antecipada prevista nos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil o disposto nos arts. 5º e seu parágrafo único e 7º da Lei nº 4.348, de 26 de junho de 1964, no art. 1º e seu § 4º da Lei nº 5.021, de 9 de junho de 1966, e nos arts. 1º, 3º e 4º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992."*

7. Surge a vexata quaestio: são tais limitações à concessão de liminares compatíveis com a garantia constitucional de acesso a um processo justo e eficiente?

ARAKEN DE ASSIS considera a Lei nº 9.494 "*rigorosamente constitucional*", com remissão ao magistério de CALMON DE PASSOS, para quem a antecipação de tutela é problema "*de política processual, que o legislador pode conceder ou negar, sem que com isso incida em inconstitucionalidade*" (in **Aspectos Polêmicos...**, cit., nº 3.6, p. 28).

Disse GALENO LACERDA, ao comentar as liminares em ações cautelares: "*Pode a lei, também, proibir simplesmente as liminares. Desde que não vedado o direito à ação principal, o que ofenderia a Constituição, nada impede coíba o legislador, por interesse público, a concessão de liminares*" (**Comentários ao CPC**. Forense, 1980, v. VIII, t. I, nº 58, p. 341).

JOSÉ LÁZARO ALFREDO GUIMARÃES (juiz do TRF da 5ª Região) sustenta "*que as restrições legais à concessão de liminares são válidas e perfeitamente adequadas ao sistema constitucional*", pois submete a tutela judiciária ao devido processo legal; ressalva, contudo, os casos excepcionais de perecimento do direito (**As Ações Coletivas e as Liminares contra Atos do Poder Público**. Ed. Brasília Jurídica, 1993, p. 33). Também pela constitucionalidade, em princípio, das restrições, o magistério de TEORI ZAVASCKI (**Antecipação de Tutela**, cit., cap. IX; art. in Revista Jurídica, Ed. Síntese, Porto Alegre, v. 195/37-39).

Outros autores com veemência sustentam que o legislador infraconstitucional não poderia opor quaisquer restrições à concessão de liminares, sob pena de ofensa ao direito da parte à plenitude da jurisdição. Assim, v.g., BETINA RIZZATO LARA, in **Liminares no Processo Civil**, Ed. RT, 1993, nº 212; FRANCISCO BARROS DIAS, in RePro 59/134 e rev. AJUFE, nº 30/33; REIS FRIEDE, embora com certos temperamentos, in **Medidas Liminares em Matéria Tributária**, Ed. Forense Univ., 1994, pp. 110-123; CARMEN LÚCIA ANTUNES DA ROCHA, in **Mandado de Segurança e de Injunção**, Saraiva, 1990, p. 201.

8. Em nosso entendimento, em linha de princípio cumpre reconhecer ao legislador ordinário a **faculdade de fixar os requisitos, os parâmetros, os pressupostos positivos ou**

**negativos para concessão de liminares, tanto antecipatórias como cautelares *stricto sensu*, inclusive na ação de mandado de segurança.** O “devido processo legal”, em última análise socorre não só o autor como, na mesma medida, o demandado, e a ambos a garantia, como regra, de um contraditório pleno, também constitucionalmente assegurado (CF, art. 5º, LV). Não vejo, pois, a radical inconstitucionalidade apontada por diversos juristas e magistrados.

Aliás, em ponderada observação extensiva às liminares em geral, disse VICENTE GRECO FILHO que “a rigor, a absoluta maioria dos casos de proibição legal de concessão de liminares em mandado de segurança são de hipóteses em que não deveriam mesmo ser concedidas, porque ausente o pressuposto de sua concessão, qual seja a necessidade da providência imediata sob pena de, em sendo procedente a pretensão definitiva, ser ela ineficaz se a liminar não tivesse sido concedida. Em outras palavras, estas leis têm mais caráter didático ou de explicitação do que a doutrina e a jurisprudência entendiam anteriormente (...)” (art. no jornal *Direito e Justiça*, Brasília, 10/08/92).

Não deixar ao oblívio, outrossim, que é de anciã doutrina que a inconstitucionalidade só se decreta quando evidente, quando ostensiva a ofensa à Constituição. Toda presunção é pela constitucionalidade da lei e qualquer dúvida razoável deve-se resolver em seu favor e não contra ela – “every reasonable doubt must be resolved in favor of the statute, not against it”. E os tribunais não julgarão inválida a lei, a menos que a violação das normas constitucionais seja, em seu julgamento, clara, completa e inequívoca – “clear, complete and unmistakable” (“Justice’ Black”, apud LÚCIO BITTENCOURT. *O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis*. Forense, 1968, p. 92).<sup>(\*)</sup>

9. Todavia, oportunidades existem em que a peremptória negativa de liminar pode motivar com certeza, ou com grande nível de probabilidade, o **pericimento da própria pretensão**, apresentada no processo com visos de real verossimilhança. Nestes casos excepcionais, e apenas neles, o direito constitucional a uma jurisdição eficaz **suplantará as limitações** estabelecidas em lei ordinária.

Sobre esse tema CASSIO SCARPINELLA BUENO discorre longamente, inclusive com remissão a votos proferidos no Pretório Excelso por ocasião do julgamento dos pedidos de liminar na **ADIN 223** (RTJ, 132/571), relativa à MP depois convertida na Lei nº 7.968/89, e na **ADIN nº 1.576**, relativa à MP depois convalidada na Lei nº 9.494/97; em resumo, a posição prevalecente no Pretório Excelso foi no sentido de **não decretar a inconstitucionalidade das normas limitativas**, cabendo ao juiz, em cada caso concreto, decidir sob o critério da “razoabilidade das restrições”, ponderando se, e em que medida, as limitações afetarão o direito da parte autora, efetiva e concretamente, à inafastabilidade da jurisdição (*in Aspectos Polêmicos...*, cit., p. 75 e ss.).

(\*) Aos 11 de fevereiro do corrente ano de 1998, em Ação Declaratória de Constitucionalidade promovida pelos Presidentes da República, do Senado e da Câmara (ADC – 4) para afirmação da constitucionalidade do art. 1º da Lei 9.494/97, o Supremo Tribunal Federal, p.m.v., em sessão plenária concedeu liminar, com eficácia **ex nunc** e com efeito vinculante, em favor da tese propugnada pelos autores, sustando os efeitos futuros de decisões antecipatórias da percepção de vantagens pecuniárias, ficando igualmente suspensa a prolação de decisões contra a Fazenda Pública tendo por base a inconstitucionalidade da referida norma legal (DJU, 13/02/98, p. 1).